

VU Research Portal

Case Note: HR 29 maart 2019, Nederlandse Jurisprudentie 2020/134 (ING/X)

Bouwens, Willem

2020

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bouwens, W., (2020). *Case Note: HR 29 maart 2019, Nederlandse Jurisprudentie 2020/134 (ING/X): De gelijkwaardige voorziening*, No. ECLI:NL:HR:2019:449, 4 p., Mar 29, 2019. (Nederlandse Jurisprudentie; Vol. 2020, No. 18).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Noot bij HR 29 maart 2019, Nederlandse Jurisprudentie 2020/134 (ING/X)

Auteur: W.H.A.C.M. Bouwens

De gelijkwaardige voorziening

1.

De opgenomen beschikking van de Hoge Raad heeft, net als de twee uitspraken onder *NJ* 2020/135 en *NJ* 2020/136, betrekking op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer. Centraal staat steeds de door de werkgever aan de werknemer te betalen ontslagvergoeding. Deze eerste uitspraak betreft een werkneemster die eind 2013 na een dienstverband van ruim 25 jaar arbeidsongeschikt wordt. Na een verkorte wachttijd kent het UWV haar ingaande 5 juni 2015 een arbeidsongeschiktheidsuitkering (IVA-uitkering) toe op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (*wia*). Voor een dergelijke uitkering komen slechts werknemers in aanmerking die met gangbare arbeid duurzaam ten hoogste 20% kunnen verdienen van hetgeen een vergelijkbare gezonde persoon gewoonlijk verdient (zie art. 4 jo. art. 6 Wet *wia*). Ruim twee jaren na het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid — de periode gedurende welke het opzegverbod van art. 7:670 lid 1 en lid 11 BW geldt is dan inmiddels verstreken — zegt de werkgever de arbeidsovereenkomst op. In de procedure die uiteindelijk tot de beschikking van de Hoge Raad leidt, verzoekt werkneemster om toekenning van een transitievergoeding als bedoeld in art. 7:673 BW. De werkgever stelt deze niet verschuldigd te zijn, omdat de werkneemster op grond van de toepasselijke cao aanspraak kan maken op premievrije voortzetting van de opbouw van het ouderdoms- en partnerpensioen. Deze cao-regeling moet naar zijn mening worden aangemerkt als een gelijkwaardige voorziening in de zin van art. 7:673b BW, zoals dit wetsartikel luidde tot 1 januari 2020. Kon de werknemer recht doen gelden op een dergelijke voorziening, dan kwam hij op grond van die laatste bepaling niet in aanmerking voor de wettelijke transitievergoeding.

2.

Onder een 'gelijkwaardige voorziening' in de zin van art. 7:673b (oud) BW moet blijkens de totstandkomingsgeschiedenis worden verstaan, een voorziening in geld of in natura (of een combinatie daarvan) welke het equivalent vormt van hetgeen waarop een werknemer aanspraak kan maken op grond van de wettelijke regeling inzake de transitievergoeding (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 42 en 114). In het oorspronkelijke wetsvoorstel was nog als aanvullende voorwaarde opgenomen dat de voorziening gericht moest zijn op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid. Deze voorwaarde is nog voor de inwerkingtreding van de Wwz weer geschrapt (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 988, 6, p. 47).

3.

Na een afwijzing in eerste instantie, vindt de werkneemster in hoger beroep gehoor voor haar verzoek. Volgens het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden kan met de betreffende cao-regeling niet zijn beoogd om de wettelijke transitievergoeding te vervangen, omdat de toepasselijke cao de regeling al ruim vóór de invoering van de Wwz kende. De Hoge Raad maakt korte metten met dit standpunt. Genoemde omstandigheid sluit niet zonder meer uit dat de voorziening na 1 juli 2015 als een gelijkwaardige voorziening in de zin van art. 7:673b (oud) BW moet worden aangemerkt (r.o. 4.1.2). De bestreden beschikking kan derhalve niet in stand blijven. Alvorens de kwestie ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof 's-Hertogenbosch te verwijzen, geeft de Raad, met een aantal overwegingen ten overvloede, gehoor aan de uitnodiging van A-G De Bock om duidelijkheid te verschaffen over diverse vraagpunten over de gelijkwaardige voorziening die in literatuur en lagere jurisprudentie onderwerp van debat vormden (zie randnummers 3.2 en 3.3 van de conclusie).

4.

De Hoge Raad leidt in de eerste plaats uit de wetsgeschiedenis af dat de omstandigheid dat cao-partijen een regeling in de cao als gelijkwaardige voorziening aanduiden, slechts één van de gezichtspunten is bij de beantwoording van de vraag of die regeling inderdaad als zodanig heeft te gelden (r.o. 4.3.4). Of sprake is van een gelijkwaardige voorziening is een kwestie van feitelijke waardering aan de hand van de omstandigheden van het geval (r.o. 4.3.5). De feitenrechter geniet daarbij een grote mate van vrijheid. Het rechtscollege geeft wel een aantal gezichtspunten waaraan in dat verband betekenis kan toekomen.

5.

Om de gelijkwaardigheid van de voorziening vast te stellen dient volgens de Hoge Raad de gekapitaliseerde waarde van de voorziening wegens de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst waarop de betreffende werknemer volgens de cao recht heeft te worden vergeleken met de transitievergoeding waarop de werknemer volgens de wettelijke regeling aanspraak zou kunnen maken. Peildatum voor de berekening van de waarde van de cao-voorziening is de einddatum van de arbeidsovereenkomst (r.o. 4.3.6). Door te kijken naar de potentiële waarde van de voorziening — en niet naar hetgeen de werknemer daadwerkelijk ontvangt — kan de gelijkwaardigheid direct bij het einde van de arbeidsovereenkomst worden vastgesteld, ook wanneer het gaat om voorzieningen die in fasen worden gerealiseerd met een onzeker eindtijdstip, zoals een bovenwettelijke werkloosheids- of arbeidsongeschiktheidsregeling. Dit is gewenst in verband met de korte vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en sub *b* BW, die bij het einde van de arbeidsovereenkomst een aanvang neemt. Bovendien verzet de rechtszekerheid zich ertegen dat pas geruime tijd na het einde van het dienstverband kan worden bepaald of een voorziening gelijkwaardig is. Beslissende betekenis toekennen aan de uiteindelijke, feitelijke uitwerking in het concrete geval strookt ook niet met het abstracte en gestandaardiseerde stelsel dat de wetgever bij de wettelijke

regeling van de transitievergoeding voor ogen stond (r.o. 4.3.7). Wel dient de gelijkwaardigheid van de voorziening, anders dan de kantonrechter in deze zaak veronderstelde, op individueel niveau beoordeeld te worden. De verschillende factoren die van belang zijn voor de bepaling van de hoogte van de transitievergoeding — destijds: leeftijd, diensttijd en salaris¹ — en de in de cao neergelegde voorziening, kunnen derhalve meebrengen dat een in een cao opgenomen regeling voor de ene werknemer gelijkwaardig moet worden geacht en voor de andere niet (r.o. 4.3.8). Ten slotte merkt de Hoge Raad op dat het, gelet op de wetsgeschiedenis (zie hiervoor onder 2), niet nodig is dat de voorziening gericht is op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid. Of de cao-voorziening aan deze doeleinden kan beantwoorden, is wel een factor die kan meewegen bij de beoordeling van de gelijkwaardigheid aan de wettelijke transitievergoeding (r.o. 4.3.9).

6.

Het Hof 's-Hertogenbosch heeft na verwijzing geoordeeld dat in casu inderdaad sprake was van een gelijkwaardige voorziening als bedoeld in art. 7:673b (oud) BW (zie Hof 's-Hertogenbosch 6 februari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:371). Voor dat oordeel was in de eerste plaats van belang dat met de premievrije voortzetting van de pensioenopbouw een bedrag gemoeid was van ruim € 90.000, terwijl de transitievergoeding van betrokkene nog geen € 25.000 zou bedragen. Verder achtte het hof een relevante omstandigheid dat cao-partijen de regeling uitdrukkelijk als een gelijkwaardige voorziening hadden aangemerkt. Zij moest volgens het hof bovendien worden beschouwd als compensatie voor het ontslag. Zonder de cao-regeling zou de pensioenopbouw bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst immers zijn gestopt.

7.

In rechtsoverweging 3.4.6 spreekt de Hoge Raad over een cao-voorziening waarop de werknemer recht heeft 'wegens de beëindiging' van de arbeidsovereenkomst. Men zou daaruit kunnen afleiden dat geen sprake is van een gelijkwaardige voorziening in de zin van art. 7:673b (oud) BW ingeval op de cao-voorziening aanspraak kan worden gemaakt, ongeacht of de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Aldus oordeelde bijvoorbeeld het Hof Arnhem-Leeuwarden op 22 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5951, over een regeling opgenomen in de ABN AMRO-cao 2016-2018, op grond waarvan langdurig arbeidsongeschikte werknemers vanaf het derde ziektejaar in aanmerking kwamen voor een aanvulling op hun wia-uitkering en pensioen bleven opbouwen zonder daarvoor een deelnemersbijdrage te hoeven betalen. Zie voor een vergelijkbare opvatting de conclusie van A-G De Bock, randnummers 3.33 en 3.34, met verwijzing naar relevante literatuur. Ten aanzien van dezelfde cao-regeling oordeelde echter eerder het Hof Amsterdam op 13 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4183, dat de regeling in voldoende mate een relatie heeft met beëindiging van de arbeidsovereenkomst, nu de werkgever het dienstverband met een werknemer in de regel zal trachten te beëindigen wanneer de werknemer twee jaar ziek is en re-integratie niet binnen 26 weken te verwachten is (zie art. 7:669 lid 1 en lid 3 aanhef en

onder *b* BW). In het tegen deze uitspraak ingestelde cassatieberoep betoogde de werknemer onder meer dat een 'directe relatie' vereist is tussen de cao-voorziening en het einde van het dienstverband. A-G Hartlief concludeerde dat met het schrappen van de voorwaarde dat de transitievergoeding moet beantwoorden aan de functies van de transitievergoeding (zie hiervoor onder 2), de conclusie voor de hand ligt dat een dergelijke relatie niet vereist is om als gelijkwaardige voorziening te worden aangemerkt. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep op 20 maart 2020 (ECLI:NL:HR:2020:480) zonder nadere motivering verworpen (art. 81 RO).

8.

De rechtspraak over de 'gelijkwaardige voorziening' heeft vooral historische waarde. Het begrip is per 1 januari 2020 als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans (Wet van 11 juli 2018, *Stb.* 2018, 234) weer uit de wet verdwenen. Op grond van het huidige art. 7:673b BW kan bij cao worden bepaald dat bij een bedrijfseconomisch ontslag — ontslag wegens bedrijfsbeëindiging daaronder begrepen — geen transitievergoeding verschuldigd is, indien de werknemer op grond van die cao recht heeft op 'een voorziening die bijdraagt aan het beperken van werkloosheid, op een redelijke financiële vergoeding, of op een combinatie daarvan'. Niet langer is vereist dat de (gekapitaliseerde) waarde van de aanspraken die de individuele werknemer aan de cao kan ontleen, op individueel niveau het equivalent vormt van de transitievergoeding waarop de betreffende werknemer aanspraak zou hebben gehad. Dit voorschrift kon volgens de regering een belemmering zijn om bij ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen te komen tot collectieve afspraken die recht doen aan de specifieke sector of onderneming, of om te komen tot collectieve (sectorale) afspraken over van-werk-naar-werktrajecten (*Kamerstukken II*, 2016/17, 34 699, 3, p. 9). De wet vereist thans wel dat cao-partijen de wettelijke transitievergoeding uitdrukkelijk terzijde schuiven. Voorts stelt zij een aantal nadere voorwaarden, die verschillen afhankelijk van de vraag of we te maken hebben met een in de cao opgenomen 'voorziening', dan wel een 'financiële vergoeding'. Voorzieningen moeten 'bijdragen aan het beperken van werkloosheid'. Van financiële vergoedingen verlangt de nieuwe bepaling slechts dat deze 'redelijk' zijn. Een financiële vergoeding die lager is dan de wettelijke transitievergoeding, is volgens de regering slechts redelijk wanneer naar het oordeel van cao-partijen de financieel-economische situatie in een bedrijf of bepaalde sector zodanig is dat het omwille van de continuïteit van dat bedrijf of bedrijven in die sector niet verantwoord is om een vergoeding van het niveau van de transitievergoeding te verstrekken, dan wel een deel van de beschikbare middelen door cao-partijen is aangewend voor de financiering van (collectieve) voorzieningen gericht op het beperken van werkloosheid, zoals de inrichting van een mobiliteitscentrum of scholingstrajecten (*Kamerstukken II*, 2017/18, 34 699, 3, p. 9-10 en nr. 6, p. 14).

9.

Opvallend is dat de mogelijkheid om bij cao af te wijken onder het nieuwe recht beperkt is tot de bedrijfseconomisch gemotiveerde ontslagen, als bedoeld in art. 7:669 lid 3 aanhef en sub *a* BW. Als reden daarvoor noemt de regering dat bij ontslagen om

persoonlijke redenen de transitievergoeding mede bedoeld is als compensatie voor eventuele verwijtbaarheid aan het ontslag van de zijde van de werkgever, en daarmee tevens als stimulans voor een individuele werkgever om zorgvuldig met zijn personeel om te gaan. Deze zou verloren gaan als de werkgever ook in de hier bedoelde gevallen een (collectieve) voorziening kan aanbieden die minder lasten meebrengt, bijvoorbeeld omdat deze wordt betaald uit een fonds (*Kamerstukken II*, 2017/18, 34 699, 3, p. 10-11). Deze onderbouwing overtuigt niet. Bij een ontslag wegens persoonsgebonden gronden zal vaak geen sprake zijn van verwijtbaarheid van de werkgever. Denk naast een ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid bijvoorbeeld ook aan een ontslag wegens verwijtbaar gedrag van de werknemer (dat niet in de weg staat aan een transitievergoeding, wanneer het niet als 'ernstig' verwijtbaar handelen of nalaten in de zin van art. 7:673 lid 7 sub c BW kwalificeert). Wat daarvan ook zij, als gevolg van de beperking tot bedrijfseconomische ontslagen kan onder het nieuwe recht een werknemer als in de opgenomen uitspraak, een aanspraak op een transitievergoeding niet meer worden ontzegd vanwege de aanspraken die hij aan de cao kan ontlelen. De wijziging betekent bijvoorbeeld ook dat bovenwettelijke werkloosheidsregelingen, zoals in de sector onderwijs — na de looptijd van de cao waarin deze is opgenomen (zie het overgangsrecht opgenomen in art. VI lid 1 van de Wet van 11 juli 2018) — niet aan de verschuldigdheid van een wettelijke transitievergoeding in de weg kunnen staan wanneer zij tot uitkering komen na een ontslag op een van de in art. 7:669 lid 3 aanhef en sub b tot en met h BW genoemde gronden. Dat was onder het oude recht nog wel het geval. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 24 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3890 (*HBO*) en Ktr. Nijmegen 17 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4559 (*universitaire medische centra*). Ongewenste cumulatie kan slechts worden voorkomen door de aanspraken die de werknemer aan de bovenwettelijke regeling kan ontlelen uitdrukkelijk te beperken voor het geval deze een transitievergoeding ontvangt.

10.

Zie over de opgenomen uitspraak ook B. Barentsen, S. Sagel & J. van der Kroon, Kroniek van het sociaal recht, *NJB* 2019/2169, p. 2691-2693 en J.H. Even, 'De veranderende ruimte om bij cao van de transitievergoeding af te wijken: verleden, heden en toekomst', *AR Updates annotaties* 2019-0359. Voor een bespreking van het nieuwe art. 7:673b BW zie onder anderen N. Jansen, 'De gelijkwaardige voorziening: geen gezeik iedereen rijk?', *TvO* 2017/3, p. 149 en A. van Zanten-Baris, 'Van gelijkwaardige voorziening naar alternatieve voorziening: ruimte voor cao-partijen', *TRA* 2018/86.